DECCAM-UTR-47/2023

| | | |
|---|---|---|
| Processo | - | TC/000533/2012 |
| Embargante | - | Indústria Gráfica Foroni – Eireli |
| Objeto | - | Embargos de declaração opostos em face da R. Decisão de Primeira Câmara de 27/11/2019 – Secretaria Municipal de Educação e Indústria Gráfica Foroni Ltda. – Acompanhamento – Execução contratual – Verificar se o Contrato 233/SME/2011, cujo objeto é o fornecimento de 37.562 kits de material escolar EJA I e EJA II, de acordo com as especificações constantes na Ata de RP 24/SME/2011 – Lotes 5 e 6, está sendo executado conforme as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste |

47ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SME. Ata de RP. Fornecimento de kits de material escolar. Opostos em face da decisão que julgou irregular a execução do contrato por entrega de produto de baixa qualidade, kits entregues sem parâmetros mínimos para aferição, substituição de marcas sem autorização expressa da administração, totalidade dos produtos entregues não comprovada, reposição de material em escala menor, material que não atende as especificações do edital e gestão do contrato ineficaz. RESPONSABILIDADE. PRESCRIÇÃO. PUNIBILIDADE. RESSARCIMENTO. 1. A regra geral é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um lapso temporal. Estabelecido o marco inicial de contagem, no caso, o relatório de fiscalização ou parecer final da Auditoria, até o próximo marco interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram-se mais de 5 anos, ensejando o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 5º, II, art. 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. Perda do objeto dos embargos. CONHECIDOS. PRESCRIÇÃO. Votação unânime.

## D E C I S Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

**DECIDEM** os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer dos embargos de declaração interpostos pela empresa Indústria Gráfica Foroni Ltda., uma vez que observados os requisitos de admissibilidade estabelecido no art. 144, § 1º, do RITCMSP.

**DECIDEM**, à unanimidade, reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023 – TCMSP, afastando a pena de multa aplicada no Acórdão recorrido e demais responsabilizações de pretensão punitiva ou ressarcitória.

**DECIDEM**, à unanimidade, declarar a perda de objeto dos embargos, em face do afastamento da pena de multa aplicada.

**DECIDEM**, à unanimidade, determinar a intimação e, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 27 de setembro 2023.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 06/11/2023 16:43:49 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 07/11/2023 13:24:33 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

**47ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

**TC 533/2012 Acompanhamento**

**Objeto:** Embargos de Declaração opostos por Indústria Gráfica Foroni Eireli em face da r. Decisão de Primeira Câmara de 27.11.2019 - Secretaria Municipal de Educação e Indústria Gráfica Foroni Ltda. (Acompanhamento da execução do Contrato 233/SME/2011) - Verificar se o contrato, cujo objeto é o fornecimento de 37.562 kits de material escolar EJA I e EJA II, de acordo com as especificações constantes na Ata de RP 24/SME/2011 – Lotes 5 e 6, está sendo executado conforme as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste (JT)

**Interessadas:** Secretaria Municipal de Educação - SME

**Relator:** Conselheiro Eduardo Tuma

**Competência:** Câmara

**RELATÓRIO**

Trata o presente TC 0533/2012 da análise da execução do Contrato nº 233/SME/2011 (fls. 75/78), celebrado entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e a empresa Indústria Gráfica Foroni Ltda., que tem por objeto o fornecimento e distribuição dos kits de material escolar EJA I e EJA II (Lotes 05 e 06), Educação de Jovens e Adultos, destinados a alunos que não cumpriram o ensino fundamental regularmente, com valor de **R$ 1.838.908,76** (um milhão, oitocentos e trinta e oito mil, novecentos e oito reais e setenta e seis centavos).

Referida contratação é decorrente da Ata de Registro de Preços nº 24/SME/2011 (fls. 54/62vº), originada do Pregão n° 27/SME/2012, realizado pela Secretaria Municipal de Educação – SME, o qual foi **julgado regular** nos autos do TC 2.246/2011, conforme Acórdão proferido em 08.02.2012.

Concluída a instrução do presente processo, foi prolatado o v. Acórdão de teor abaixo, constante da peça 22, na 331ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara que, **por unanimidade**, **julgou irregular** a execução do contrato e por maioria aceitou os efeitos financeiros com determinações. Como segue:

***"D E C I S Ã O***

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 328ª S.O. da Primeira Câmara, ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.*

***DECIDEM** os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, **à unanimidade**, de conformidade com o relatório e voto do Relator, **julgar irregular** a Execução do Contrato 233/SME/2011 relativo à aquisição de kits de material escolar, no período analisado.*

***DECIDEM**, entretanto, **por maioria**, pelo voto do Conselheiro EDSON SIMÕES, consoante voto proferido em separado, votando para efeito de desempate, o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO, nos termos do artigo 29, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, aceitar os efeitos financeiros ante a inexistência de comprovação de prejuízo ou dano à Administração, bem como por não vislumbrar dolo, culpa ou má-fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.*

*Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, que não se pronunciou sobre os efeitos financeiros e aplicou multa aos responsáveis, individualmente, inclusive ao titular da Pasta.*

***DECIDEM**, afinal, **à unanimidade**, expedir as seguintes determinações à Secretaria Municipal de Educação, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para que esta se pronuncie sobre o seu cumprimento:*
*1) proceda na forma estabelecida nos editais de licitação, de modo a possibilitar o correto acompanhamento da execução dos ajustes a seu cargo;*
*2) aprimore as formas de controle para recebimento do material escolar, com ênfase na quantidade e na qualidade dos kits entregues;*
*3) utilize-se da experiência acumulada na reiteração de contratações da natureza daquela em foco, de forma a minimizar a possibilidade de multiplicação de falhas;*
*4) promova o recebimento da quantia devida pela contratada a título de multa se, por ventura, não recolhida.*

*Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.*

*Participou do julgamento o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.*

*Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.*

*Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de novembro de 2019.*

*JOÃO ANTONIO – Presidente, com voto*

*EDSON SIMÕES – Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir a Decisão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte."*

Nesta fase processual, ocupa-se o presente TC da análise dos Embargos de Declaração, interpostos pela empresa Indústria Gráfica Foroni Eireli (peças 34/37) contra o referido v. Acórdão, com base no artigo 93, IX, da Constituição Federal, combinado com o artigo 1.022 do Código de Processo Civil e artigos 137, I, e 144 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.[1]

Sustenta a empresa Embargante haver contradição e omissão na decisão embargada, alegando que o voto vencedor, do Nobre Conselheiro Edson Simões (peça 20), acompanhou o pronunciamento do Relator quanto à irregularidade da execução contratual, exceto no tocante à aplicação de multa, além de ter aceito os efeitos financeiros do contrato, baseado na manifestação da PFM. Assim fundamenta seu inconformismo (peça 34):

*"Como se denota do R. Acórdão, fora decido por unanimidade, pelos Conselheiros da Colenda Primeira do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, em conformidade com o voto Relator, pela irregularidade Execução do Contrato 233/SME/2011, relativo à aquisição de kits de material escolar, no período analisado.*

*Ademais, restou decidido **POR MAIORIA**, pelo voto do Conselheiro EDSON SIMÕES, consoante voto proferido em separado, votando para efeito de desempate, o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO, nos termos do artigo 29, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, **aceitar os efeitos financeiros ante a inexistência de comprovação de prejuízo ou dano à Administração, bem como por não vislumbrar dolo, culpa ou má-fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis, em homenagem ao princípio da segurança jurídic**a.*

*Por conseguinte, o r. Acórdão, ainda esclarece que "VENCIDO o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM - Relator, que não se pronunciou sobre os efeitos financeiros e **APLICOU MULTA AOS RESPONSÁVEIS, INDIVIDUALMENTE, INCLUSIVE AO TITULAR DA PASTA**".*

*No entanto decisão embargada, resta contraditória ao passo que passa a expedir determinações à Secretaria Municipal de Educação, fixando prazo de 45 (quarenta e*

[1] **Art. 137 -** Das decisões interlocutórias, das terminativas e dos acórdãos, cabem, conforme o caso, os seguintes recursos:
**I -** embargos de declaração; (...)

"**Art. 144 -** Cabem embargos de declaração quando a decisão terminativa ou acórdão apresentar falta de clareza nos seus termos, por obscuridade, contradição, omissão ou erro material. (Alterado pelo artigo 1 º da Resolução n º 08, de 30/8/17);

**§ 1 º -** Os embargos de declaração serão opostos dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação, devendo ser dirigidos ao Juiz Singular ou Relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omisso, da decisão ou do acórdão embargado.

**§ 2 ° -** Os embargos de declaração serão decididos pelo Juiz Singular, ou pelo Relator da decisão ou acórdão embargado ".

*cinco dias), dentre elas, **para que se promova recebimento da quantia devida pela contratada a título de multa se, por ventura, não recolhida**.*

*Ora, por obvio há no r. decisum, posicionamentos diversos em relação ao voto vencido e ao voto vencedor, uma vez que por maioria, os conselheiros decidiram por aceitar os efeitos financeiros ante a inexistência de comprovação de prejuízo ou dano à Administração, enquanto o conselheiro cujo voto restou vencido, sequer manifestou-se acerca dos efeitos financeiros, e de forma descabida aplicou multa aos "responsáveis".*

*ALÉM DA OPOSIÇÃO ENTRE O VOTO VENCEDOR E O VOTO VENCIDO ADECISÃO EMBARGADA RESTA CONTRADITÓRIA, À MEDIDA QUE O VOTO DE VENCEDOR, APESAR DE ACEITAR OS EFEITOS FINANCEIROS, O R. ACÓRDÃO ACABOU, POR FIM, REQUERENDO A COBRANÇA DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS.*

*Ora, Nobre Julgador, se decidiram os conselheiros POR MAIORIA, em aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais, diante da inexistência de comprovação de prejuízo ao Erário, não há que se falar em aplicação de multa!"*

Ademais, alega que, dentre as determinações estabelecidas pelo Relator, para o atendimento da Secretaria Municipal de Educação - SME, consta: "*4) Promova o recebimento da quantia devida pela Contratada a título de multa, se, porventura, não recolhida*" (fls. 776v.-peça 20). Entende, com isso, que a contradição estaria no fato de o voto vencedor não ter acompanhado o Relator na aplicação de multa, ao passo que a determinação nº 04 se refere à multa, mas sem especificar o valor correspondente, destacando, assim, a ocorrência de omissão.

Ao fim, formula pedido para que sejam os Embargos de Declaração processados, conhecidos e inteiramente providos para o fim de que sejam sanadas as omissões e contradições apontadas, reformando, por conseguinte, a r. decisão recorrida.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE** opinou pelo conhecimento dos Embargos de Declaração e no mérito pelo seu não provimento ante as seguintes razões (peça 40).

*"O Regimento Interno deste Tribunal de Contas dispõe em seu **artigo 144, caput**, que os **Embargos de Declaração** poderão ser opostos quando a decisão terminativa ou acórdão apresentar falta de clareza nos seus termos, obscuridade, contradição, omissão ou erro material.*

*Neste aspecto, temos que a(s) incongruência(s) apontada(s) reveste(m)-se de omissão e contradição, razão pela(s) qual(is) se encontra(m) dentro dos mandamentos legais atinentes.*

*A análise da admissibilidade também envolve sua tempestividade e, quanto a isso, o* ***§ 1º do artigo 144 c/c o artigo 119*** *do mesmo dispositivo legal, estabelecem que os* ***Embargos de Declaração*** *serão opostos dentro do prazo de* ***15 dias úteis****, contados da intimação, procedendo-se à sua contagem com a exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento.*

*Todavia, o caso patente permite a aplicação das disposições do art. 120 c/c art. 138, parágrafo único do referido normativo. In verbis:*

> "**Art. 120** – Na hipótese de intimação de dois ou mais responsáveis que tiverem diferentes procuradores, ou se um deles não for representado por procurador, **o prazo será contado em dobro, a partir da data da ocorrência da última intimação**, observadas as exceções previstas neste Regimento.
>
> **Art. 138** - Excetuados o recurso de revisão, o agravo regimental e o pedido de reexame, o prazo para recorrer é de 15 (quinze) dias, contados da intimação da decisão.
>
> **Parágrafo único** - **Havendo litisconsortes não representados por procuradores, ou não lhes sendo comum o procurador eventualmente constituído, o prazo para recorrer será computado em dobro**, excetuado o recurso de revisão. (...)". (g.n.)

*Aplicando os normativos sobreditos ao caso concreto, bem como valendo-se das disposições constantes nas* ***Portarias 143/2020, 147/2020, 177/2020, 195/2020, 203/2020*** *e* ***226/2020*** *– tratam da suspensão, prorrogações e retorno dos prazos processuais neste Tribunal face a COVID19 - e lastreados na documentação inserta ao presente, restam-se atendidos os requisitos para a sua admissibilidade.*

*Quanto ao mérito, vislumbra-se não estarmos diante de uma tentativa de se rediscutir a matéria e, tampouco, a obtenção dos efeitos infringentes, na medida em que se pleiteia, tão somente, a correção de uma suposta contradição decisória e de uma eventual omissão quanto ao valor sancionatório, motivo pelo qual, por lealdade processual e no intuito de elidir os "vícios" do julgado, foram apresentados os Embargos de Declaração.*

*Todavia, a nosso ver, não assiste razão à Embargante, por estarmos diante de dois tipos de multa distintos:*

*1. Da contratada: por descumprimento do contrato, referida na última manifestação da SFC (fls. 748/748v da peça 20) no valor de* ***R$ 156.117,83****;*

*2. Dos responsáveis, inclusive o titular da SME: no valor de* ***R$ 768,00****.*

*A primeira faz parte integrante do voto do n. Conselheiro Relator (fls. 773 da peça 20) e, inclusive, foi referendada como razão de decidir (fls. 776 da peça 20), técnica denominada motivação per relationem, dando o suporte fático e jurídico necessários para a sua fundamentação:*

> Do exposto, com suporte nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, que adoto como razões de decidir, julgo irregular a Execução do Contrato no 233/SME/2011 relativo à aquisição de kíts de material escolar, no período analisado. (g.n.)

*Trata-se de multa oriunda do descumprimento contratual levantado pelos Órgãos desta E. Corte de Contas, sendo sobre ela a referência expressa no item 4 das determinações à SME - aplicada no voto singular do n. Conselheiro Relator (fls. 776v da peça 20) e repisada na r. decisão de fls. 2 da peça 22 - no valor de R$ 156.117,83.*

*Já a segunda multa é àquela que seria aplicada individualmente em face dos responsáveis – inclusive ao titular da Secretaria – no valor de R$ 768,00, caso o voto do n. Relator tivesse prevalecido, situação que não foi retratada no voto vencedor, que acompanhou quanto à irregularidade da execução, mas afastou a proposta da aplicação desta multa, reconhecendo-se os efeitos financeiros do ajuste, ante a inexistência de comprovação de prejuízo ou dano à Administração, bem como por não vislumbrar dolo, culpa ou má-fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.*

*Assim, s.m.j., não estamos diante nem de um caso de contradição e tampouco de omissão, na medida em que por um lado se afastou a aplicação de multa individual aos responsáveis e por outro manteve-se a sanção à contratada pelo descumprimento contratual, cuja monta se encontra expressa no voto singular do n. Conselheiro Relator e nas conclusões alçadas pelos técnicos desta Casa, cujos termos fazem parte da fundamentação do voto.*

*Face ao exposto, somos favoráveis ao conhecimento da peça recursal em apreço e, no que concerne ao mérito, por seu desprovimento, por não inferirmos a existência de contradição e/ou omissão no v. decisum."*

A **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** requereu o não provimento dos embargos de declaração (peça 44)

*"A Fazenda se permite acompanhar o judicioso posicionamento da Douta AJCE, nos exatos termos e conformes dos pareceres que se encontram acostados às peças 40/41*

*destes autos, razão pela qual requer que os Embargos de Declaração interpostos não sejam providos, ante a inexistência de contradição ou omissão na R. decisão prolatada."*

A **Secretaria Geral – SG** apresentou seu parecer à peça 46, concluindo o que segue:

*"Preliminarmente, entendo que a medida apresentada preenche os requisitos de admissibilidade do Regimento Interno desta E. Corte de Contas, razão pela qual merece ser conhecida.*

*No mérito, razão não assiste à Embargante, uma vez que, analisando a decisão verifica-se que foram aplicadas dois tipos de multas, sendo uma à contratada por ter descumprido o contrato e outra aos responsáveis.*

*Ocorre que, a multa aplicada aos responsáveis foi afastada, uma vez que o voto do Relator não prevaleceu.*

*O item 4 das determinações resta claro quando menciona que deve ser promovido o recebimento da quantia devida pela Contratada a título de multa.*

*Destaca-se que, não houve omissão com relação ao valor da multa, uma vez que o valor de R$ 156.117,83 (cento e cinquenta e seis mil, cento e dezessete reais e oitenta e três centavos) consta no voto do Nobre Conselheiro Relator (fls. 773 – peça 20) que também faz parte integrante do acordão.*

*Com relação à aceitação dos efeitos financeiros, verifica-se que, apesar da constatação de irregularidades na execução do contrato, o mesmo restou cumprido, não havendo assim motivo para a não aceitação de tais efeitos.*

*Portanto, os presentes Embargos de Declaração não logram êxito, pois não vislumbro a ocorrência de obscuridade, contradição ou omissão, conforme exigido pelo artigo 144 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Contas, abaixo transcrito:*

> **Art. 144** - Cabem Embargos de Declaração, quando a decisão terminativa ou acórdão apresentar falta de clareza nos seus termos, por obscuridade, contradição ou omissão.
>
> **§ 1º -** Os Embargos de Declaração serão opostos dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação, devendo ser dirigidos ao Juiz Singular ou Relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omisso, da decisão ou do acórdão embargado.

**§ 2º -** Os Embargos de Declaração serão decididos pelo Juiz Singular, ou pelo Relator da decisão ou acórdão embargado.

*Em verdade, os embargos de declaração não se prestam para se adequar aos anseios do embargante e para resolver as suas dúvidas de interpretação.*

*A decisão é clara, competindo à Administração Pública dar efetivo cumprimento ao quanto decidido.*

*Por todo o exposto, opino pelo recebimento dos Embargos de Declaração opostos e, no mérito, por sua rejeição, em face da inexistência de contradição, obscuridade ou omissão, mantendo-se o v. acórdão recorrido em todos os seus termos."*

Em 07/06/2023, foi publicada por este Tribunal de Contas do Município de São Paulo a Resolução nº 10/2023 que disciplinou o instituto da prescrição no âmbito desta Corte, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral.

Em face desta normatização, tornou-se ***direito subjetivo*** do interessado responsável pleitear o reconhecimento da prescrição de pretensão punitiva ou ressarcitória deste Tribunal que, inclusive, pode ser também aferida de **ofício** em qualquer fase do processo.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer (peça número 54), entendendo que ocorreu nestes autos a prescrição quinquenal, no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

**É o relatório.**

## VOTO

Nesta fase processual, ocupa-se o presente TC da análise dos Embargos de Declaração, interpostos pela empresa Indústria Gráfica Foroni Ltda. (peça 34), contra o v. Acórdão (peça 22), que, **por unanimidade**, **julgou irregular** a execução do contrato e, por maioria, aceitou os efeitos financeiros com determinações.

Sustenta a empresa Embargante haver contradição e omissão na decisão embargada, alegando que o voto vencedor, do Nobre Conselheiro Edson Simões (peça 20),

acompanhou o pronunciamento do Relator quanto à irregularidade da execução contratual, exceto no tocante à aplicação de multa, além de ter aceito os efeitos financeiros do contrato, sendo que o Acórdão, a par disso, determinou à Secretaria Municipal de Educação, no prazo de 45 (quarenta e cinco dias), promover o recebimento da quantia devida pela contratada a título de multa se, por ventura, não recolhida.

Estaria, assim, segundo argumenta a Embargante, configurada contradição no referido Acórdão, além de omissão por não indicar o valor da multa aplicada, razão pela qual visam os Embargos afastar tais "vícios" do julgado.

Sintetizada as razões recursais, é caso de primeiramente enfrentar a questão **preliminar de mérito** da prescrição.

Ensina a Professora Maria Helena Diniz que a prescrição é um **fato jurídico *stricto sensu***, independente de vontade humana:

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos.*"[2]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[3]

Explica o Ministro Edson Fachin no seu voto durante o julgamento do tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal que:

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento*

[2] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[3] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.

> *jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[4]

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*"[5] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)"*[6]

Historicamente no tema a jurisprudência do Tribunal de Contas da União era firme no sentido de que não se aplicava o instituto da prescrição nas pretensões ressarcitória de suas tomadas de contas especial, em razão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)
>
> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão

[4] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.
[5] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[6] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

Este posicionamento, inclusive já havia sido referendado pelo Supremo Tribunal Federal na época:

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário.*** *2. Agravo regimental desprovido*". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)

Não obstante este entendimento, interessante pontuar que o TCU no art. 6º, inciso II, da instrução Normativa TCU º 71/2012, dispôs que ficava dispensada a instauração da tomada de contas especial na hipótese houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

Quanto a prescrição das pretensões de natureza sancionatórias, como a de multa, o Tribunal de Contas da União aplicava por analogia as disposições da prescrição decenal do Código Civil.

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Ao aplicar o prazo geral prescricional do Código Civil o Tribunal de Contas mantinha claro que a matéria era sujeita a reserva legal, todavia não havia lei especifica:

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil*." (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[7], 897[8], 899[9] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

O §5º, do art. 37, da Constituição Federal prevê que "*a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário,* ***ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento***." (grifos nossos)

No tema 666 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, não obstante não ter entrado no mérito de ações do Tribunais de Contas, discutiu o alcance da última disposição da norma constitucional citada acima. O relator do caso, o Emérito Ministro Teori Zavascki, entendeu em seu voto vencedor que:

---

[7] *É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*
[8] *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*
[9] *É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra* ***a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais***." (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, grifos nossos.)

Como pode ser visto o Plenário do STF por maioria (vencido o Ministro Edson Fachin) decidiu que a disposição final do §5º, do art. 37, da Carta Magna tem alcance limitado para apenas as ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. Ou seja, por interpretação não alcança pretensões dos Tribunais de Contas.

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897 em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo***

> ***que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

Finalmente no julgamento do Tema 899 o Plenário do Excelso Pretório enfrentou a questão da prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas, decidindo por unanimidade que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas. Conforme o Ministro Relator Alexandre de Moraes, as decisões dos temas anteriores 666 e 897 levaram a seguinte conclusão:

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública****. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento*

> *subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

Antes do julgamento do tema 899 em 24/06/2020 o Tribunal de Contas da União entendia que o disposto no tema 666 não aplicava a suas pretensões ressarcitórias:

> "*O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.*" (Acórdão 2469/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

Este entendimento não pode se manter, todavia, após a decisão concretizada no tema 899.

Embora tenha sido firmado inequivocamente a prescritibilidade das ações de ressarcimento, ainda existia o problema de ausência de prazo legal. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Tema 899 adentrou nesta questão entendendo que:

> "*Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cômputos.*" (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE

> DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Gilmar Mendes, p.25; p. 53 do Acórdão. Grifos nossos.)

Todavia, após esta manifestação o Ministro Roberto Barroso interviu argumentando que a questão do prazo aplicável não era pertinente a matéria em discussão que se limitava a questão da prescritibilidade.

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[10], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

Antes da referida ADI a jurisprudência do STF já vinha se posicionando neste sentido como pode se verificar dos precedentes colacionados abaixo:

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso

[10] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).

"(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

Inclusive no que tangia a aplicação das causas interruptivas da mesma Lei Federal:

"*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO*

> *INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.* ***II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI º5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos prazos prescricionais das ações de competência do Tribunal de Contas. A atividade de controle externo equipara-se, para fins de contagem do prazo prescricional, ao poder de polícia do Estado e, como tal, nos termos do art. 1º da Lei 9.873, de 1999, "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado*"." (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Voto Relator Ministro Edson Fachin p. 16, Acórdão p. 24)

Perante esta consolidação do entendimento jurisprudencial do STF o TCU resolveu normatizar em 11/10/2022 a Resolução nº 344/2022, que disciplinou o instituto

da prescrição na Corte considerando expressamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509.

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

Seguindo a jurisprudência do STF, o exemplo do TCU com a sua Resolução 344/2022 e a Nota Recomendatória nº 02/2023 do Conjunto Atricon-IRB-Abracom-CNPTC, este TCMSP, em 07/06/2023, normatizou a Resolução nº 10/2023 que disciplina o instituto da prescrição nesta Corte.

Citada Resolução desta Corte de Contas Municipal acompanha o modelo da Resolução do TCU e o entendimento do STF ao expor em seu art. 1º que:

> ***"Art. 1º*** *A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, e regulamentada por esta resolução, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões.*"

Pois bem. Vigente a resolução normatizando a prescrição nesta Corte se tornou obrigatório analisar se os processos que tramitam em sua jurisdição estão prescritos.

Mencionada obrigação deve ser cumprida independente do momento processual, dado a natureza de matéria de ordem pública da prescrição, exceto os que já estão transitados em julgado (regra do art. 17 da Resolução TCMSP nº 10/2023), de acordo com o que já firmou a jurisprudência do TCU:

> "*O fato de o responsável ter suscitado a ocorrência de prescrição apenas em sede de embargos de declaração não impede o TCU de examiná-la, uma vez que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser aferida em todos os processos em tramitação*

> *no TCU, à exceção daqueles já remetidos aos órgãos ou entidades competentes para cobrança judicial (art. 10 da Resolução TCU 344/2022) ou para os quais já tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU até a data de publicação da mencionada resolução (art. 18).*" (Acórdão 23/2023-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Complementarmente, por ser, reitera-se, matéria de ordem pública, o TCU também já se posicionou que a matéria da prescrição pode ser revista de ofício até em casos em que já houve decisão a negando anterior a entrada da resolução normativa:

> *"A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal."* (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)

> *"A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública."*( Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Feito estas considerações gerais acerca do histórico e consolidação do instituto da prescrição nos Tribunais de Contas é caso de analisar o caso concreto.

No que tange ao caso em tela, devem ser identificados primeiramente os marcos temporais em que pretensamente ocorreu decurso do lapso temporal prescricional.

A AJCE em sua manifestação (peça 54) dispôs que "*que do marco interruptivo, consubstanciado na manifestação da Auditoria após as defesas ofertas (fls. 33/47 da peça 20), consoante o art. 5º, II cc art. 6º, I da Resolução nº 10/23, até o próximo marco interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível (peça 22), nos termos do art. 5º, IV da Resolução nº 10/2023 cc art. 5º, V da Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023, decorreram-se mais de 5 anos, o que enseja o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória*."

Consoante o exposto, a AJCE apontou que entre a ocorrência dos marcos interruptivos apontados decorreu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no artigo 2º da referida Resolução, sem a ocorrência de demais causas suspensivas ou interruptivas.

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória deste Tribunal de Contas, o que, consequentemente, resulta no afastamento da pena de multa aplicada no Acórdão recorrido.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seu parecer citado, "conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)."

**Assim, a prescrição não afeta o conteúdo declaratório do Acórdão guerreado**.

Tratada da preliminar de mérito da prescrição, é caso de analisar o mérito da pretensão recursal.

Alega a Embargante que existe contradição presente no Acórdão, em razão da multa que lhe foi aplicada.

Contudo, dado que o reconhecimento da prescrição afasta a pretensão punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas, os presentes embargos perderam seu objeto, uma vez que extinta a multa aplicada ao Embargante na qual supostamente haveria vicio de contradição.

Ante o exposto, uma vez observados os requisitos de admissibilidade, estabelecidos nos artigos 144, § 1º do Regimento Interno deste Tribunal, **CONHEÇO** dos Embargos de Declaração interpostos pela empresa Indústria Gráfica Foroni Ltda., contra o v. Acórdão de peça 22 que, **por unanimidade**, **julgou irregular** a execução do contrato e, por maioria, aceitou os efeitos financeiros com determinações.

Nesse caminho, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, **afastando a pena de multa aplicada no Acórdão recorrido e demais responsabilização de pretensão punitiva ou ressarcitória**.

No mérito, **DECLARO A PERDA DE OBJETO** dos Embargos, em face do afastamento da pena de multa aplicada.

Intime-se.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

**EDUARDO TUMA**
**CONSELHEIRO RELATOR**



Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023 14:48:37 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

**TC 533/2012**

**ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SME. Fornecimento de kits de material escolar. 1. Amostra conferida pelo aspecto visual. 2. Produto de baixa qualidade. 3. Kits entregues sem parâmetros mínimos para aferição. 4. Substituição de marcas sem autorização expressa da administração. 5. Totalidade dos produtos entregues não comprovada. 6. Reposição de material em escala menor. 7. Material dos cadernos não atende as especificações do edital. 8. Gestão do contrato ineficaz. 9. Responsabilização do Gestor do Contrato. IRREGULAR. DETERMINAÇÕES. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.**

**TC citado 2.246/2011**

**331ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara**

**D E C I S Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 328ª S.O. da Primeira Câmara, ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.

**DECIDEM** os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar irregular a Execução do Contrato 233/SME/2011 relativo à aquisição de kits de material escolar, no período analisado.

**DECIDEM**, entretanto, por maioria, pelo voto do Conselheiro EDSON SIMÕES, consoante voto proferido em separado, votando para efeito de desempate, o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO, nos termos do artigo 29, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, aceitar os efeitos financeiros ante a inexistência de comprovação de prejuízo ou dano à Administração, bem como por não vislumbrar dolo, culpa ou má-fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, que não se pronunciou sobre os efeitos financeiros e aplicou multa aos responsáveis, individualmente, inclusive ao titular da Pasta.

**DECIDEM**, afinal, à unanimidade, expedir as seguintes determinações à Secretaria Municipal de Educação, fixando **prazo de 45 (quarenta**

**e cinco) dias** para que esta se pronuncie sobre o seu cumprimento:

1) proceda na forma estabelecida nos editais de licitação, de modo a possibilitar o correto acompanhamento da execução dos ajustes a seu cargo;

2) aprimore as formas de controle para recebimento do material escolar, com ênfase na quantidade e na qualidade dos kits entregues;

3) utilize-se da experiência acumulada na reiteração de contratações da natureza daquela em foco, de forma a minimizar a possibilidade de multiplicação de falhas;

4) promova o recebimento da quantia devida pela contratada a título de multa se, por ventura, não recolhida.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de novembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente, com voto

EDSON SIMÕES
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir a Decisão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

**RELATÓRIO**

Cuida-se da análise da Execução do Contrato 233/SME/2011, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação - SME e Indústria Gráfica Foroni Ltda., decorrente da Ata de Registro de Preços 24/SME/2011, para fornecimento de 7.344 (sete mil, trezentos e quarenta e quatro) kits de material escolar, compostos por 14 (quatorze) itens, para a Educação de Jovens e Adultos (EJA I) e de 30.218 (trinta mil, duzentos e dezoito) kits, compostos por 18 (dezoito)

itens, para a Educação de Jovens e Adultos (EJA II), no valor total de R$ 1.838.908,76 (um milhão, oitocentos e trinta e oito mil, novecentos e oito reais e setenta e seis centavos).

De início, cabe consignar que o Instrumento referido é decorrente do Pregão 27/SME/2011, cujo Edital, examinado nos autos do TC 2.246.11-89 foi, à unanimidade, julgado regular, sendo que a Ata de Registro de Preços 24/SME/2011 não foi objeto de apreciação nesta Corte.

De outra parte, esclareço que esta análise abrangeu o período de 1º de março a 31 de maio de 2012, tendo sido escolhidas algumas Unidades em 4 (quatro) Diretorias Regionais de Ensino que integravam a Educação de Jovens e Adultos – EJA I e II para serem visitadas e vistoriadas (fl. 496), bem como realizadas entrevistas com os responsáveis e conferência dos kits, por amostragem. Além disso, o estudo da Subsecretaria de Fiscalização e Controle abordou dois momentos que têm implicação com a especificação técnica do material em pauta e, portanto, com a Execução. São eles:

a) a apresentação das amostras dos kits *no* Procedimento Licitatório;

b) a apresentação delas *após* a assinatura da Ata de Registro de Preços.

Quanto ao primeiro momento, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle observou que o Edital exigia a apresentação de 2 (duas) amostras pelas Licitantes para serem submetidas à análise após o encerramento da fase de lances, cabendo às empresas apresentar certificados ou documentos atestando a qualidade e a procedência (pelo INMETRO e similares) dos produtos.

No caso dos autos, tal análise ficou restrita **apenas** aos aspectos visual e dimensional do material, não abrangendo a análise completa. E mesmo assim, os laudos iniciais do IPEM indicavam que 4 (quatro) itens apresentavam-se como "não conformes" com as normas: caderno para desenho reciclado, caderno universitário reciclado, canetas esferográficas e tesoura.

Ocorre que a aprovação das amostras, a partir da análise completa das especificações técnicas dos itens, era essencial porque vinculava a Contratada a fornecer, na Execução, os mesmos produtos que integravam as amostras na fase de habilitação.

No que se refere à *apresentação das amostras após a assinatura da Ata,* 2 (dois) procedimentos deveriam ser realizados para atestar a qualidade do material entregue, a partir de 2 (dois) kits de amostras oferecidos:

a) da avaliação visual da embalagem do produto

b) de análises laboratoriais de conformidade. Sucede, porém, que nenhuma delas foi efetivada pela CONAE.

Ainda no desenvolvimento de seu mister, no acompanhamento da entrega dos kits do Fundamental I e Fundamental II, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle enviou dois memorandos ao Sr. Subsecretário demonstrando sua preocupação com a qualidade dos kits, verificados então sob os aspectos tátil e visual, o que ensejou minha determinação para que a Secretaria Municipal se manifestasse.

Somente a partir dessa provocação é que a Secretaria oficiou o IPEM, para que realizasse a análise e os laudos das amostras dos kits.

Desse modo, referida análise ocorreu apenas 59 (cinquenta e nove) dias após a assinatura da Ata de Registro de Preços 24/SME/2011, o que demonstra que os kits começaram a ser entregues nas Unidades Escolares sem que dispusessem de *"parâmetro mínimo objetivo para aferir a adequabilidade do material às especificações do Edital"* (fl. 494), o que enseja a responsabilização do Gestor, no entendimento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

Em ato subsequente, acerca da Execução propriamente dita, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou várias irregularidades, na forma da conclusão sintetizada às fls. 507/508, separando-as nas de responsabilidade da Contratada e nas da Contratante.

Destacam-se entre as primeiras:

1) Marca de material substituída sem a autorização da Contratante, em afronta à Cláusula 6.1 do Contrato, combinada com a 11.4 da Ata de Registro de Preços e o item 6.1.3 do Edital;

2) O lápis grafite nº 2 aparentemente não corresponde à marca autorizada e a inexistência de laudo específico atestando o efetivo fabricante do lápis torna pendente sua aceitabilidade;

3) Anomalias expressivas em tubos de cola, canetas, esquadros, transferidores e réguas, o que implica a não aceitabilidade total ou parcial dos produtos e caracteriza inexecução parcial das entregas;

4) Falta de laudo específico atestando a origem do papel dos cadernos universitário e de desenho (que deveria ser reciclado), o que torna pendente a aceitabilidade deles.

Em face dessas irregularidades, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle entendeu que deveriam ter sido aplicadas glosa no valor de R$ 295.300,53 (duzentos e noventa e cinco mil, trezentos reais e cinquenta e três

centavos), multas de R$ 192.896,01 (cento e noventa e dois mil, oitocentos e noventa e seis reais e um centavo) e retenção de R$ 1.084.731,62 (um milhão, oitenta e quatro mil, setecentos e trinta e um reais e sessenta e dois centavos), pendentes de verificação da adequação de especificação do papel e marca dos lápis.

No que tange às *responsabilidades da Contratante*, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou que as ocorrências elencadas e suas implicações decorrem de falhas no processo de gestão do Contrato, eis que a Pasta deixou de adotar procedimentos específicos de controle que resultassem no cumprimento das especificações do Edital. Assim, a entrega dos kits transcorreu sem que a Secretaria tivesse avalizado sua correspondência à proposta vencedora do Certame.

Em consequência, a vencedora entregou kits em desacordo com as especificações editalícias, sem que tivesse ocorrido qualquer intervenção da Pasta, que *"em última análise, nem sabia ao certo o material que estava sendo entregue".*

Em razão do ocorrido, a Auditoria entendeu caber a responsabilização do Gestor pelo não atendimento tempestivo pela Secretaria das instruções específicas do Edital e do item 5.15 da Ata de Registro de Preços, o que possibilitou que os kits fossem entregues sem parâmetro objetivo mínimo para aferir a adequabilidade do material às especificações do Edital. Aduziu, ainda, serem de responsabilidade do Gestor:

1) A ausência de informações detalhadas na Ordem de Fornecimento referentes a locais de entrega (Unidades Escolares) e à quantidade de kits a ser entregue em cada Escola;

2) A falta no Edital, na Ata ou no Contrato, de condições e critérios para a aceitabilidade e a consequente reposição de itens/kits defeituosos ou faltantes, e as respectivas penalidades em caso de descumprimento;

3) A necessidade de aprimoramento para o estabelecimento de critérios objetivos de aferição da qualidade dos kits pós entrega, pelos quais seja possível exercer um controle confiável que garanta a melhor qualidade na execução do Ajuste.

Diante desse quadro, opinou pela irregularidade da Execução do Contrato.

Devidamente oficiados e intimados, a Secretaria e os Gestores do Contrato, em petição conjunta, apresentaram suas defesas, argumentando, no tocante às infringências apontadas como de responsabilidade da Contratada, que:

1) Não existe divergência entre a marca das etiquetas registrada na Ata de Registro de Preços e a observada durante a Auditoria conforme comprova o Relatório de Inspeção 48/2012 do IPEM por ela juntado. Em relação ao apontador, concordou existir discrepância, o que implica a adoção de apenações, que estavam sendo tratadas no Processo Administrativo 2012-0.317.088-9;

2) Os lápis grafites possuem gravação *"hot stamping – dourada",* que é a marca comercial da fabricante Faber Castell. Além disso, de acordo com o Laudo 49/2012, do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo – Departamento de Avaliação e Certificação, o produto está em conformidade com o especificado na Ata e com a estampa/logomarca que foi fornecida pela Administração. Ademais, o Edital não exigiu determinadas marcas ou fabricantes, apenas determinou que as concorrentes as declarassem como forma de facilitar a sua rastreabilidade;

3) As anomalias em tubos de cola, canetas, esquadros, transferidores, réguas, agendas e caderno de desenho foram devidamente sanadas porque a Contratada tomou ciência das ocorrências, assim, cuida-se de descumprimento contratual (e não de irregularidade), cujas apenações estavam sendo tratadas no Processo Administrativo 2012.0.317.088-9. Em relação especialmente ao tubo de cola (líquida), foi cogitada a possibilidade de substituí-lo por cola em bastão, porém pesquisas demonstraram que o mercado produtor nacional não tem condições de fornecê-los em largo volume e o mercado externo não é certificado pelo INMETRO, de modo que se desistiu da troca;

4) Os laudos e certificações apresentados pelas empresas quando da abertura da sessão são suficientes para garantir o atendimento à condição de reciclado exigida no Edital. Além disso, a certificação do FSC/CERFLOR atesta a origem do produto, em especial quanto à reciclagem.

Já em relação às outras impropriedades, decorrentes de responsabilidade do Contratante asseveraram que:

1) Não houve intempestividade no atendimento das instruções do Edital pela Pasta porque não havia previsão temporal na Ata e porque a avaliação das amostras somente poderia ser feita pelo Instituto de Pesos e Medidas – IPEM na linha de montagem dos kits como forma de garantir que os produtos lá analisados seriam os efetivamente entregues. Desse modo, houve um critério objetivo mínimo para aferir a adequabilidade do material ao Edital que deu origem ao relatório de Inspeção Técnica;

2) As informações necessárias às entregas dos kits foram fornecidas pela Pasta via e-mail devido ao grande volume de dados. Entretanto, por um lapso, o documento não foi juntado em tempo hábil, fazendo-o nesta oportunidade;

3) A Cláusula 10.3.2 do Edital estabelece critérios para a reposição dos kits defeituosos ou faltantes, bem como para a devida apenação em caso de descumprimento, o que demonstra haver previsão contratual para esses temas;

4) A inclusão no Edital de apresentação de laudos e de material certificado pelo FSC e INMETRO objetivam aprimorar o estabelecimento de critérios objetivos para avaliação das qualidades dos kits em todo o processamento, ou seja, antes, durante e após a entrega aos alunos. Além disso, os produtos exigidos são certificados pelo INMETRO, que atesta a qualidade, a segurança do material escolar, bem como são recolhidas amostras dos produtos dos fornecedores para testes de qualidade, tanto na licitação como durante o processo de distribuição dos kits, com troca dos produtos defeituosos sem custos para os cofres públicos.

Mesmo diante desses argumentos, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve seu posicionamento pela irregularidade da Execução Contratual reconsiderando apenas a constatação atinente às Ordens de Fornecimento contendo informações sobre os locais de entrega dos kits, que foram encaminhadas por e-mail e aquela referente à aceitabilidade de itens/kits defeituosos ou faltantes, porque relativos ao exame do Edital, cuja análise já transitou em julgado.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo aduziu que a matéria é eminentemente técnica, seguindo a Subsecretaria de Fiscalização e Controle pela irregularidade da Execução Contratual apontando, ainda, deficiência na fiscalização e gestão.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por sua vez, em primeira manifestação, requereu que a Secretaria fosse novamente oficiada para que prestasse esclarecimentos e justificativas complementares e respondesse a quesitos por ela formulados, o que, não obstante, foi por mim indeferido, na consideração de que a matéria fora amplamente debatida pela Pasta quando de seu robusto pronunciamento.

Dessa feita, em um segundo momento, a Procuradoria asseverou que a Secretaria Municipal de Educação vem criando uma série de métodos e controles ao longo dos anos de modo a permitir a melhor execução dos Ajustes por ela firmados. Pontuou que dada a dimensão dos bens fornecidos e dos serviços prestados, seria impossível que no curso da Execução não surgissem ocorrências, que foram enfrentadas pela Pasta. Aduziu que a Secretaria não deixou de cumprir com suas obrigações e requereu, encampando as defesas por ela apresentadas, o acolhimento da execução do Contrato, relevando-se as impropriedades apontadas, posto que formais ou, alternativamente, diante da inexistência de comprovação de qualquer prejuízo ou dano à Administração, bem como face à inexistência de dolo, culpa ou má-fé, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais.

A Secretaria Geral, por seu turno, assim como a

Assessoria Jurídica de Controle Externo, ressaltou que a matéria é de ordem fática e técnica e acompanhou as conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle pelo não acolhimento da Execução Contratual.

Ainda na instrução processual, em fase de saneamento, determinei a intimação da Contratada Indústria Gráfica Foroni Ltda. que ofereceu defesa, alegando que:

1) A substituição e/ou adição de outras marcas de itens foi requerida em razão do pequeno lapso temporal entre a Contratação e a entrega dos kits e da dificuldade dos fabricantes no fornecimento das marcas registradas, tendo sido, ademais, autorizada pela Secretaria/CONAE, consoante documento que juntou. Em relação ao apontador, para evitar atraso na entrega e prejuízo aos alunos, utilizou a marca autorizada para as Contratantes dos outros lotes e que tinha sido para elas aprovada. No que se refere à marca das etiquetas, estão de acordo com a proposta apresentada e, além disso, as marcas substituídas guardam as mesmas funcionalidade e qualidade tendo sido a substituição autorizada pela Secretaria/CONAE, consoante documento que junta;

2) As especificações técnicas do lápis grafites nº 2 não exigiam que as gravações fossem em baixo relevo e na cor dourada. Além disso, os materiais foram considerados "conformes" pelo IPEM. Alega, ademais ter adquirido os lápis grafite da marca Faber Castell juntando, para tanto, Notas Fiscais de Venda, bem como que eles seriam destinados para o fornecimento à Secretaria/CONAE;

3) Não é correta a classificação do Relatório da SFC que qualifica como "prejuízo funcional" a deficiência na quantidade e no uso dos itens dos kits, pois se houvesse a entrega de quantidade a menor de itens, estaria obrigada a fornecer qualquer item faltante mediante solicitação formal da Contratante e, em relação à sua funcionalidade, havia a garantia (validade/uso) dos itens e dos kits pelo período de 12 (doze) meses;

4) A especificação técnica do papel reciclado determina que ele deve ser *"papel 100% reciclado com alvura mínima de 85%".* Defende que o entendimento da Auditoria, que decorreu de análises visual e tátil, foi equivocado porque *"a alvura do papel reciclado é menor que 85% e tem a sua cor 'bege' ou 'parda' e não branca como é o caso em questão!".* Junta, ademais, Declaração do fornecedor do papel reciclado atestando a sua venda e das notas fiscais correspondentes descrevendo a especificação de *"papel 100% reciclável e com alvura mínima de 85%";*

5) Trocou todos os itens (canetas, réguas, transferidores e esquadros) que apresentavam "prejuízo funcional" juntando recibos para comprovar. Além disso, os produtos tinham garantia de 12 (doze) meses, inclusive contra defeitos de fabricação, a partir da entrega, consoante Cláusula 6.3.2.4 do Edital, de modo que bastava a Unidade Escolar comunicar à Contratada para que

esta procedesse à substituição do material. Defende ter cumprido as Cláusulas Contratuais e, por isso, não ser cabível a retenção, multa ou glosa;

6) Não há que se falar em inexecução parcial porque houve a quitação pelas partes de suas obrigações; os kits foram recebidos e utilizados pelos alunos; os materiais faltantes ou defeituosos foram repostos; a Contratante e a Contratada agiram de boa fé. Aduz, então, serem descabidas e infundadas a retenção, glosa e multa, sob pena de locupletamento sem causa, diante da Execução Contratual.

Requereu fosse a Execução considerada regular, afastadas a retenção, a multa e a glosa e arquivado o processo.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou seu posicionamento pela irregularidade da Execução Contratual, alterando-o, tão somente, no tocante aos valores da retenção de R$1.084.731,62 (um milhão, oitenta e quatro mil, setecentos e trinta e um reais e sessenta e dois centavos) e da multa de R$36.778,18 (trinta e seis mil, setecentos e setenta e oito reais e dezoito centavos), que entendeu que deveriam ser desconsiderados porque as respostas e documentos trazidos pela Contratada comprovavam terem sido resolvidas as pendências com a marca do lápis grafite, a constituição das folhas dos cadernos universitário e de desenho e a substituição de marcas de produtos. Assim, o cabimento da retenção seria afastado e o valor da multa passaria a ser de R$156.117,83 (cento e cinquenta e seis mil, cento e dezessete reais e oitenta e três centavos).

Por fim, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral ratificaram o entendimento pela irregularidade, enquanto a Procuradoria da Fazenda Municipal orientou-se pela regularidade da Execução Contratual.

É o relatório.

**VOTO**

Como já tenho consignado em outras oportunidades, a matéria tratada nestes autos tem sido objeto de preocupação constante desta Casa, na consideração, sobretudo, da importância de seu alcance social, da significativa verba envolvida e da reprodução temporal de sua efetivação.

Todos esses matizes estão a reclamar, ou melhor, a exigir o empenho redobrado da Administração, de tal modo que a capacitação de sua quadros e a experiência acumulada ao longo do tempo possa atender de forma adequada a clientela objetivada, sem que o Erário seja golpeado.

Desse modo e, tratando-se de aquisição que se repete,

as formas de fiscalização e a atuação do controle interno revestem-se de importância magna, reclamando sua aplicação contundente a partir da fase interna da Licitação, desdobrando-se, com igual peso, na execução dos Ajustes.

Fincadas essas balizas, passo a enfrentar a Execução em realce, que decorre do Pregão 27/SME/2011, com Edital examinado nos autos do TC 2.246.11-89 e que foi, à unanimidade, julgado regular.

No caso concreto, observo que os equívocos incorridos pela Secretaria Municipal de Educação/Diretoria Regional de Ensino começaram bem antes da Contratação, ainda na fase do Procedimento Licitatório, com as *amostras* dos kits. Isso porque, conforme relatado, nessa etapa, apesar de constar do Edital, as amostras foram submetidas apenas à vistoria quanto ao aspecto visual e dimensional do material, sem que fossem atestadas a sua qualidade e procedência.

De igual modo, após a assinatura da Ata de Registro de Preços, deveriam ser realizados novos procedimentos atinentes a atestarem a qualidade do material escolar – avaliação visual da embalagem do produto e análises laboratoriais de conformidade -, o que também não ocorreu.

Mais. Somente após provocação desta Corte de Contas é que foram realizados os laudos de conformidade das amostras dos kits no IPEM o que levou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle a concluir que os kits entregues nas Unidades Escolares não possuíam *"parâmetro mínimo objetivo para aferir a adequabilidade do material às especificações do Edital"* (fl. 494).

Além disso, os apontamentos presentes nos minuciosos Relatórios da Subsecretaria de Fiscalização e Controle não foram afastados pela Secretaria ou Contratada.

Com efeito. Os materiais escolares entregues nas Unidades Escolares mostraram-se afastados das especificações pedidas e com baixa qualidade, tal como narrado anteriormente.

Em relação à Execução tratada nestes autos, por questões de metodologia, seguindo a padronização ofertada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, permito-me considerar as infrações separadamente, levando em consideração a *"responsabilidade"* da Contratada e da Contratante, já que suas motivações são diversas.

I) DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA

Em relação à *substituição de marca de material (etiquetas e apontador) sem a autorização da Contratante,* assevera a Subsecretaria de Fiscalização e Controle que, apesar de as marcas substituídas serem as utilizadas para os Lotes 2 e 3, não houve autorização expressa da

Secretaria para tais alterações, afrontando-se os itens 6.1.3 do Edital e 6.1 do Contrato, de modo que a irregularidade não pode ser afastada.

No que se refere ao *lápis grafite nº 2, que aparentemente não correspondia à marca autorizada,* asseverou a SFC que a declaração do fabricante juntada nos autos pela Contratada já havia sido anteriormente por ela analisada, ocasião em que entendeu *"que tal documento não seria suficiente para esclarecer o apontado".*

Ressaltou, ademais, a *"precariedade com que a SME seguiu os mecanismos previstos no Edital, mecanismos estes que, adequadamente implementados, dariam à SME respaldo consubstanciado em laudos técnicos capazes, efetivamente, de garantir a adequação da procedência dos produtos adquiridos para a composição dos kits de material escolar".* Além disso, a quantidade de lápis grafite consignada nas Notas Fiscais juntadas pela Contratada é inferior à necessária para compor os kits contratados, de modo que a totalidade dos produtos entregues não foi comprovada.

Em relação às *expressivas anomalias em tubos de cola, canetas, esquadros, transferidores e réguas,* entende a SFC que a *"funcionalidade do kit de material escolar fica comprometida a partir do momento que qualquer ocorrência possa prejudicar o uso inicialmente previsto em sua integralidade".*

Assevera, ademais, que as reposições dos produtos são em escala menor que as ocorrências detectadas, de modo que *"tal discrepância reflete, tão somente, a já constatada e comentada necessidade de aprimoramento no sistema de controle de recebimento dos kits de material escolar por parte da SME".*

Quanto ao *papel dos cadernos universitário e de desenho (que deveria ser reciclado),* a SFC entendeu que *"além de não se ter como correlacionar as bobinas de papel adquiridas com os cadernos observados nos kits, tem-se que as especificações de bobina de papel informada como adquirida para constituição dos cadernos não atende às especificações do Edital".*

Verifica-se, pois, que as irregularidades detectadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle em seus Relatórios permaneceram, apesar dos esclarecimentos prestados pela Secretaria, pelos Responsáveis ou pela Contratada.

II) DA RESPONSABILIDADE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO:

Já neste tópico, entendo que as falhas encontradas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle são ainda mais graves.

Estão relacionadas a infringências no *processo de gestão*

do Contrato, que se iniciou na fase licitatória, na qual deveria ser adotada uma série de procedimentos, não realizados; passou pela ausência de coleta de amostras e encaminhamento para análise técnica e chegou até a efetiva entrega dos kits que, diante das falhas antecedentes, não se adequavam às especificações do Edital sem que a Secretaria fizesse qualquer apontamento, o que levou o nosso Órgão Técnico a afirmar que a Secretaria *"(...) nem sabia ao certo o material que estava sendo entregue"* quando do seu recebimento.

Considero, pois, correta a proposta do Órgão Técnico desta Casa no que se refere à responsabilização do Gestor do Contrato.

Do exame dos autos constata-se que os controles realizados pela Contratante mostram-se frágeis e isso é relevante porque os kits devem ser anualmente distribuídos aos alunos da rede municipal de ensino como ferramentas a propiciar o desenvolvimento da pessoa em sala de aula. Não é, no entanto, o que vem ocorrendo de forma satisfatória.

Do exposto, com suporte nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, que adoto como razões de decidir, julgo irregular a Execução do Contrato 233/SME/2011 relativo à aquisição de kits de material escolar, no período analisado.

De outra parte, com fundamento nos artigos 52, inciso II e 53 da Lei 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II do Regimento Interno, aplico aos responsáveis, individualmente, a multa de R$768,00 (setecentos e sessenta e oito reais) inclusive ao titular da Pasta.

Determino, ainda, que a Secretaria:

1) Proceda na forma estabelecida nos Editais de Licitação, de modo a possibilitar o correto acompanhamento da Execução dos Ajustes a seu cargo;

2) Aprimore as formas de controle para recebimento do material escolar com ênfase à quantidade e à qualidade dos kits entregues;

3) Utilize-se da experiência acumulada na reiteração de contratações da natureza daquela em foco, de forma a minimizar a possibilidade de multiplicação de falhas;

4) Promova o recebimento da quantia devida pela Contratada a título de multa se, por ventura, não recolhida.

Fixo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para a Secretaria pronunciar-se sobre o cumprimento das determinações.

É como voto. **(**328ª S.O. da Primeira Câmara**).**

**VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões**

ACOMPANHO O RELATOR pela irregularidade, exceto a aplicação de multa e aceitando os efeitos financeiros baseando na manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 657) de que "*ante a inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano à Administração, bem como por não vislumbrar dolo, culpa ou má fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis, propugna a Fazenda pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica*."